



Revista de Estudios Europeos
Nº 72, julio-diciembre, 2018, 74-94
ISSN: 2530-9854. <http://www.ree-uva.es/>



LOS VOTOS PARTICULARES Y LAS DISIDENCIAS EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES CONFRONTADOS AL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD. UN DESAFIO PARA LA CORTE DE LUXEMBURGO

Miguel Ángel MORAGA MEJÍAS
Universidad de Salamanca

Resumen: Este artículo propone aplicar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la *regla general* de los modelos internacionales referida al *registro y publicación* de las *dissenting opinions*. Los argumentos esgrimidos dimanaban del recorrido investigativo que va asentando el concepto de *opinión particular*, explica su existencia, historia, naturaleza jurídica y lo conecta con los *principios de publicidad o apertura* como contenido del *due process of law* propios del *principio democrático* immanentes a la valórica de la Unión Europea. Abandonamos la idea de *atribución de un pretendido derecho o competencia* para que los jueces puedan emitir votos particulares, prefiriendo la noción de *capacidad* del juez, porque es más precisa, de lo contrario incluso se limitaría la *libertad de expresión* de los magistrados. Compartiendo el utilitarismo que llevó a aplicar el *secreto* para las *dissenting opinions* al modelo europeo y que fluyeron a los americanos donde para lograr el mismo efecto restrictivo cambiaron el método legislativo, concluimos que no se sostiene *ad aeternum*.

Palabras clave: Votos disidentes, principio de publicidad, tribunales internacionales.

Summary: This article proposes that the *general rule* of international models about the *registration and publication* of the *dissenting opinions* be applied to the Court of Justice of the European Union. The arguments presented flow from the investigative journey that is establishing the concept of dissenting opinion, explains its existence, history, legal nature and connects it with the *publicity principle* as a content of the *due process of law* and of the *democratic principle*, because they are central values of the European Union. The idea of the *attribution of an alleged right or competence* for that the judges can to cast dissenting opinions, we the abandoned and we opt by the notion of the *judge's ability*, because is more precise, otherwise the *freedom of expression* of the magistrates could be restricted. Although we share the utilitarianism for the applying the initial secret to the dissenting opinions in Europe, that which then flowed to the American continent where for to achieve the same effect they changed the method, we conclude that the petrification in the secret can not be hold *ad aeternum*.

Key words: Dissenting opinions, publicity principle, international courts.

Sumario: 1. Introducción. 2. Los votos particulares en la jurisdicción supranacional. 3. la regla general en el nivel transnacional: el principio de publicidad. 4. Las opiniones particulares ante el principio de publicidad como contenido del *due process of law*. 5. la zona de excepción en el nivel transnacional: el secretismo. 5.1. La recepción en el modelo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su expansión hacia las Cortes receptoras en América. 6. El desafío para la Corte de Luxemburgo. 7. Conclusiones. 8. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

El sistema jurisdiccional de la Unión Europea (UE) articula complejas herramientas procesales y sustantivas orientadas a la mejor administración de justicia, pero como aquello se inserta en un proceso es menester adecuar tales instrumentos a la madurez de cada etapa, de allí que determinadas respuestas propias del despegue pierdan coherencia en el nivel actual de la UE, como: «*la falta de aplicación del principio de publicidad o apertura para eventuales dissenting opinions*» lo que de subsanarse conectaría a este sistema con la regla general aplicada en la Jurisdicción Internacional fortaleciendo el *principio democrático y el de publicidad* como contenido del *due process of law*.

La decisión final se complejiza en los tribunales *colegiados* donde debe lograrse *acuerdo*, circunstancia relevante para la teoría de la Jurisdicción Supranacional dado la composición *colegiada*¹ de los Tribunales Internacionales (TI), además la casuística y el progreso del derecho complotan contra la *unanimidad* emergiendo las *opiniones particulares*, cuya *escala de intensidad* reconoce *prevenciones* o *votos salvados* o *concurrentes* o *declaraciones*, los cuales *coexisten pacíficamente* con la mayoría cuestión que los tilda de *voto sobrante o innecesario*²; el problema circunda los *votos disidentes* o *minoría* o *dissenting opinions*, sean *anónimos* o *nominativos*, *razonados* o *inmotivados* pues giran en órbitas de colisión con el voto de mayoría en carácter de *incompatibles*, sumado a que en algunos colegios locales cada juez dicta su propia *sentencia particular* resolviéndose el asunto al lograr *quorum*.

Estas dinámicas generan sentencias de mejor calidad e impulsan avances acordes a cada época, además el derecho procesal otorga *reglas* para las *deliberaciones*, el *acuerdo* y atribuye algunos *efectos*. En tanto el *secreto sólo oculta una sección de la realidad* pues las opiniones particulares siempre existen, siendo la disyuntiva: *¿qué hacer con ellas?*, aplicarles o no *publicidad* como contenido del *due process of law*. Intramuros distintas han sido las respuestas que luego se exportan a los modelos internacionales.

Es llamativo que en sede internacional estas opiniones se expliquen como un *de derecho para los jueces*, cuestión poco precisa pues confunde las conceptualizaciones de *derecho* con *capacidad* del juez, traslapando además las ideas de *competencia* con *derecho* cada vez que se explica que por vía del *principio de atribución* no se le asignó al juez la *competencia* o *derecho* de registrar disidencias, *lo cual no rueda sin ruido al exponerse a las matrices*

¹ Excepcionalmente en la Jurisdicción Internacional encontramos *formaciones de un juez*, *verbi gratia* (v.gr.) la Corte Penal Internacional (CPI) posee la figura de *Magistrado Único* según la regla 7 de sus Reglas de Procedimiento y Prueba; o en la UE según el art. 29 del Reglamento del Tribunal General de la UE, *Asignación de un asunto a un juez único*, que permite que el *Juez Ponente* actúe como *Juez Único*.

² El *voto concurrente* o «por su voto» o «según su voto» puede generar entre los jueces más susceptibilidad que el *voto disidente* el cual es sin soslayo un desacuerdo insalvable, empero al *concurrente* se lo acusa de *innecesario*, de *fuerza de confusión* y de *debilidad en la capacidad negociadora del Tribunal*, Bercholz, J.O. (2015): “Unanimitades y disidencias. su importancia en las sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas”, *Revista Digital Pensamiento Civil - Revista De Derecho Constitucional*, (14-5-2015), p. 5., <<http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/1295-unanimitades-y-disidencias-su-importancia-sentencias-tribunales>> (5.4.2018)

procesales conexas al due process of law pues: *si la sentencia es el principal acto de los jueces será de suyo evidente que sea público todo su contenido*, razón por la cual en los TI son públicos los votos disidentes.

Paradójicamente tal regla de transparencia contrasta con el anacrónico *secreto* encriptado aun para el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), siendo imperioso que sintonice con los *principios democráticos y de publicidad o apertura* inmanentes a los valores de la UE.

Por lo reflexionado tenemos la hipótesis de que «*actualmente para el TJUE es del todo positivo adscribir a la regla general en materia de modelos de justicia supranacional, transitando hacia la aplicación de la transparencia para los votos particulares, pues ello potencia el principio de publicidad o de apertura y el principio democrático inmanentes a la UE, tornándolo más próximo al ciudadano europeo en el marco de una empresa que no posee data de vencimiento*».

2. Los votos particulares en la jurisdicción supranacional

En la realidad descrita están *i)* quienes prefieren la *idea de unanimidad* bajo el *secretismo* porque entregaría mayor sensación de unidad, certeza, de legitimidad de las decisiones favoreciendo su independencia, disminuiría el trabajo y evitaría animadversiones entre jueces, *ii)* luego los que optan por la *publicidad o apertura* pues estos votos contribuirían a legitimar el rol de la Corte, evitan el problema de *accountability* del secreto, favorecen cambios y moderarían la posición de la mayoría sin alterar el resultado, y *iii)* entre aquellos los eclécticos, proponiendo votos *inmotivados* y o *innominados*, o bien, intra-mecanismo sugieren transparencia en la primera instancia. Trabando estos tres cauces la discusión circunscrita a modelos *estatales* donde en términos exploratorios los Estados del *common law* propenden al registro, mientras los del *continental europeo* hacia el *secretismo*³.

Pero en el nivel internacional no hay tal equilibrio, aplicándose abrumadoramente el *principio de publicidad* a las *opiniones particulares*, con escasas excepciones circunscritas a *Cortes de Integración* donde encontramos al TJUE. Tal contraste, *intra versus extra muros* es apreciable, Lynch acota: *The ambiguous origins of dissent in domestic tribunals may be contrasted with the situation in respect of international law courts which, being a phenomenon of the 20th century and the outcome of vigorous diplomacy, make no such assumptions and any ability to dissent is indeed a right enshrined in those documents which establish them*⁴.

Aislado criterios pertinentes al nivel internacional colegimos que: A) Cuando el mecanismo es *restrictivo* se ampara en dos finalidades: 1º) en *el ideario unitario o globalizador* en que pivotan algunas *Cortes especiales*, y 2º) en

³ Hoy aplican *publicidad o apertura*, aunque cada uno con sus particularidades: Inglaterra, Australia, Canadá, Estados Unidos, Alemania, España, México, Colombia, Brasil, Argentina, Chile, Albania y Japón entre otros; y el *secretismo*: Rusia, China, Indonesia, Francia, Italia, Bélgica, Países Bajos, Dinamarca, Luxemburgo, Holanda y Grecia, entre varios. Un análisis acotado a *sistemas estatales*, en Verdugo R.S., (2011): “Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político: pluralismo judicial y debate democrático”, *Revista De Derecho, Coquimbo*, 18(2), 217-272.

⁴ Lynch, A. (2004): “Is judicial dissent constitutionally protected?”, *Macquarie Law Journal*, 5, apartado “II The possibility of dissent”, <<http://www5.austlii.edu.au/au/journals/MqLJ/2004/5.html>> (7.4.2018)

la *inteligencia de evitar nuevas controversias* máxime si el TI es de única instancia, B) Cuando el mecanismo es *permisivo* se valora la *publicidad* como contenido del *debido proceso* transparentándose a la *commonwealth* la conformación tributaria de la sentencia, lo que obliga al voto de mayoría a ser contundente para soportar la presión de la disidencia esparcida entre la academia y viceversa, mejorando la calidad del fallo, enriqueciendo la discusión de la doctrina y facilitando avances sociales.

3. La regla general en el nivel transnacional: el principio de publicidad

Sobre la *regla general* hay tres aspectos a contemplar: a) la razón de su existencia, b) las principales normativas que la cobijan y c) la ejemplificación del ejercicio.

a) El imperio fáctico de ella obedece a que es una herramienta de transparencia entre las Naciones partícipes de cada proyecto, contribuyendo a los controles transversales de la *commonwealth*, se alinea con la dimensión del *accountability*, favorece desarrollos coherentes a cada etapa histórica y se conecta con los valores democráticos.

b) Su asentamiento comenzó con el *primer* TI de la historia, la Corte de Cartago (1907, de naturaleza jurisdiccional y permanente, base de la Corte Centroamericana de Justicia - CCJ) y los posteriores TI fueron cobijando tal cultura, por ejemplo: para la Corte Internacional de Justicia (CIJ) se estableció en el artículo (art.) 57 de su Estatuto «*Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los magistrados, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente*». Para la CPI en el número 4 del art. 83 del Estatuto de Roma «*La sentencia de la Sala de Apelaciones será aprobada por mayoría de los magistrados que la componen y anunciada en audiencia pública. [...] De no haber unanimidad, consignará las opiniones de la mayoría y de la minoría, si bien un magistrado podrá emitir una opinión separada o disidente sobre una cuestión de derecho*». Similar para el TI de Derecho del Mar en el número 3 del art. 30 de su Estatuto se estableció «*If the judgment does not represent in whole or in part the unanimous opinion of the members of the Tribunal, any member shall be entitled to deliver a separate opinion*».

Vital es el *principio publicidad* en los TI de Derechos Humanos (DDHH): para la Corte Africana de DDHH y de los Pueblos se reconoce en el número 5 de la Regla 60 de la Corte «*Any Member of the Court who heard the case may deliver a separate or dissenting opinion*». El Reglamento del Tribunal Europeo de DDHH (TEDH) en el art. 52.2 «*Todo juez [...] tendrá el derecho de unir a la sentencia, bien la exposición de su opinión separada, concordante o disidente, bien la simple manifestación de su disenso*» aunque lo último no comporta razonamiento, difiriendo de la Corte Interamericana de DDHH (CIDH) que en el número 3 del art. 24 de su Estatuto señala «*3. Las decisiones, [...] se comunicarán en sesiones públicas [...]. Además, se publicarán conjuntamente con los votos y opiniones separados de los jueces [...]*» agregando su Reglamento en el literal a), número 1 del art. 32 «*1. La Corte hará público: a. sus sentencias, [...], incluyendo los votos concurrentes o disidentes, cuando cumplan los requisitos señalados en el artículo 65.2 [...]*» norma americana que supera la europea exigiendo fundamentación «*Todo Juez [...] tiene derecho a unir a la sentencia su voto concurrente o disidente que deberá ser razonado. [...]*».

c) Los TI producen importantes votos disidentes, y sin entrar en cada uno de sus análisis ni pretender abarcar todas sus manifestaciones pues desbordarían nuestro marco, destacaremos por vía de *constatación e importancia* los siguientes:

1. Un caso histórico constituyó el TI Penal de Tokio donde se alegó incompetencia, falta de vínculo entre jueces y acusados, la aplicación del Derecho Internacional consuetudinario *versus* el *principio nullum delictum nulla poena sine lege*, la irretroactividad penal; argumentos rechazados con idénticos fundamentos que en Nüremberg, pero ahora –para nuestro interés– con los *votos parcialmente disidentes del juez francés, del filipino y del holandés, más la discrepancia absoluta del juez de India*⁵, disidencias trascendentes dado las penas capitales enfrentadas.

2. En Cortes de DDHH se observan profusamente, veamos dos ejemplos:

2.1. Para el TIDH destacamos la disidencia del juez Cancado en *Hermanas Serrano versus El Salvador*, quien no acepta la excepción *ratione temporis* de El Salvador dado el *propósito original de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria en los TI*, aseverando estar ante valores superiores para la comunidad de naciones no pudiendo quedar a merced de la voluntad de cada miembro de la Convención Americana de DDHH encontrándonos lejanos del *positivismo-voluntarista*, recuerda que la Corte ha rechazado limitaciones no contenidas en el art. 62(1) de la Convención y dicha excepción no se contempla. Nótese que el voto presiona en el cumplimiento del texto directo, no pudiendo interpretarse de otro modo las *limitaciones* competenciales, además planteó otras trascendentes cuestiones, como lo positivo de la multiplicidad de TI y la idea de un Poder Judicial Universal, en un particular tono académico⁶.

2.2. En el TEDH abundan disidencias que luego complementan estudios doctrinales, *de allí la trascendencia de contar con la información no alineada a la mayoría* pues *aumenta la eficacia de los análisis académicos*, v.gr. Cañamares analizando cambios sobre la eutanasia utiliza importantes *disidencias*; enfocándose en el caso Lambert, resalta: «*es interesante detenerse en el voto parcialmente disidente de algunos jueces*» según el cual *dar cobertura jurídica a que una persona absolutamente dependiente, incapaz de comunicar su voluntad [...], pueda ser privada de dos necesidades vitales –alimento y agua– con base en una serie de asunciones cuestionables constituía un paso atrás en la protección que el Convenio debe dispensar a las personas más vulnerables. [...] incluso en el supuesto que Lambert hubiera rechazado que le mantuvieran con vida [...], tal declaración no ofrecería el suficiente grado de certeza acerca de su deseo de retirarle la alimentación y la hidratación*».

3. Para la CPI destacaremos la *opinión separada y disidente* de la jueza Odio en *Prosecutor versus Lubanga por reclutamiento de menores de quince años en fuerzas armadas o grupos armados [...]*. Donde no se imputó al acusado por *abuso sexual contra menores* sólo por sus reclutamientos. La disidente elaboró

⁵ Et al.: Ollé Sesé, M. (2008): *Justicia universal para crímenes internacionales*, 1ª ed., La Ley, Las Rozas, pp. 125-127.

⁶ Vid. voto disidente del juez Cançado Trindade, A.A. en: TIDH Sentencia 1-3-2005, Serie C N° 120 <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>> (1.4.2018)

⁷ Cañamares Arribas, S. (2016): “La reciente jurisprudencia del tribunal de estrasburgo y del tribunal supremo en Canadá en relación con el derecho a la muerte digna”, *Revista Española De Derecho Constitucional*, 36(108), 337-356.

una *ampliación conceptual* conexasionándose a los DDHH considerando que los niños están protegidos del reclutamiento *no sólo porque puedan ser considerados un blanco potencial, sino porque además corren el riesgo de ser sometidos a condiciones incompatibles con sus derechos fundamentales*, al caso la violencia sexual⁸.

4. La única *Corte de Integración* que publica votos particulares es la CCJ tanto en *contenciosos* como en respuestas *consultivas*:

4.1. Sobre los *contenciosos* destacamos la disidencia del juez León quien prefiere no usar el concepto «administración de justicia» sino «impartimiento de justicia» pues: [...] eleva al Poder Judicial a «poder moderador» de los otros poderes hasta ser reconocido como *poder político*, consagrado en la doctrina constitucional americana bajo el metafórico concepto europeo de «Gobierno de los Jueces». El juez superó la concepción de Montesquieu, en que solo era instrumento que pronuncia las palabras de la ley «seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes». *Hoy el juzgador declara en cada caso, el alcance de la ley y su aplicación; y en una función política, adecúa la norma a la realidad social*⁹.

4.2. En lo *consultivo* encontramos el *voto parcial disidente* del juez Lobo en *Quick Photo sobre la aplicabilidad del Tratado de París o del Convenio Centroamericano relativos a la Propiedad Industrial*: 1º) estimó que el uso del nombre comercial *sí es obligatorio*, y 2º) que la derogación del Convenio es desde de la vigencia del Protocolo propio, *no desde la de la ley de Marcas, ya que la ley nacional no puede derogar un Convenio Internacional*¹⁰.

Esta pequeña muestra no sólo devela el *uso* constante de las disidencias en TI, sino el *gran calado que aparejan*, ampliando el acervo del proyecto que sirven.

4. Las opiniones particulares ante el principio de publicidad como contenido del *due process of law*

Históricamente se han ido configurando principios, normas y costumbres para resolver conflictos con un proceso *limpio, racional y justo*, de hecho «*este es el núcleo duro de la noción misma de juicio*» ya el Código de Hammurabi (1692 a.C.) contiene normas limpias para justiciar, el mundo romano, el franco-feudal, la Iglesia, la Carta Magna de Inglaterra (1215) hicieron sus aportes. España desde la Baja Edad Media recogió trascendentes matrices en *la Tercera* de las *Siete Partidas* de Alfonso El Sabio (1258) y en otras, pero el denominado «*voto reservado*» se *institucionalizó* en las Ordenanzas de Medina (1489), aunque se

⁸ Vid. voto de la jueza Odio Benito, E. en: CPI Sentencia 14-3-2012, *Prosecutor vs Lubanga*, as. ICC-01/04-01/06 <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/-CR2012_03942.PDF> (1.4.2018), voto criticado desde el mundo penal atendiendo al irrespeto hacia los *principios de legalidad y culpabilidad*, aunque alejándose del hecho *per se* disvalioso de los abusos, los que estiman se resguardados en *otros tipos penales*.

⁹ Voto disidente del juez León Gómez, A., en: CCJ Sentencia de 5-3-1998, *Coto Ugarte c. Consejo Superior Universitario de la Universidad de El Salvador*, as. 05/96.

¹⁰ Voto del juez Lobo Lara F.D. en: CCJ Sentencia de 19-7-2006 en consulta prejudicial, Expediente 73-05-28-09-2005 <<http://cendoc.ccej.org.ni-/Documentos/73-05-28-09-2005/05659/PDF%20RESOLUCION-%20%20DEF%20C%20FIRMAS%20.pdf>> (1.4.2018)

originaría en el modelo inglés donde cada juez *redacta y lee su fallo o voto fundado*.

Al exigírseles a estas *matrices* coherencia democrática se arriba a un puerto de condensación iniciado en norteamérica bajo la noción del *due process of law* (Constituciones de Massachusetts, Maryland, Pensilvania y de los EEUU, 1787), incluyéndose entre otros en la *Sexta Enmienda* el «derecho a un proceso público», esparciéndose esta cultura; en Francia como *il diritto ad agire in giudizio*, en Alemania *Justizgewährungsanspruch* y en España el *debido proceso*; comportando un conjunto de institutos cuya *combinación* impregna de legitimidad al *protocolo de justiciamiento*, entre los cuales destella: el *principio de publicidad procesal*.

La Constitución española lo recoge en el art. 24.2 «Asimismo, todos tienen derecho [...], a un proceso público [...]», continuando en el 120 «1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes [...].- 3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública» normas primarias que hacen protagonista al principio destacado, Esparza subraya: de estos dos artículos [24 y 120 *supra*] más el hecho de que los principales textos internacionales incorporan *la publicidad como garantía procesal fundamental*, obtendremos que: *la publicidad es una de las garantías más importantes en un proceso*¹¹. Luego el 164.1 enfoca al *voto particular* «1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán [...] con los votos particulares, [...]». Tal continuidad de la Constitución sobre el «voto reservado» (Ordenanzas de Medina) implica *reconocer la contribución de esta figura al sistema completo*¹².

Entre los *textos internacionales* que lo reconocen encontramos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), disponiendo en su art. 14.1 «Todas las personas son iguales ante los tribunales [...] toda sentencia [...] será pública, [...]»¹³.

El ancho potencial del *debido proceso* es irradiado hacia las sedes de *justicia internacional* en una lógica conectividad, como lo destaca Quispe «Aunque el derecho al debido proceso nace y se desarrolla [...] en los ordenamientos internos, se produce su posterior internacionalización, en el proceso de humanización del derecho internacional»¹⁴. Recepcionándose en los Estatutos de los TI, v.gr. el Convenio Europeo para la Protección de los DDHH y Libertades Fundamentales (CEDH, 1950), que en lo estudiado aquí, entrega *tres efectos* a partir de su art. 6.1 *Derecho a un proceso equitativo*:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente [...]. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido [...] en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las

¹¹ Esparza Leibar, I. (1995): *El principio del proceso debido*, 1ª ed., José María Bosch Editor S.A., Barcelona, p. 208.

¹² Aguiar De Luque, L. (1994): «Voto particular en las sentencias del tribunal constitucional». In A. Montoya Melgar, *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, Madrid, Tomo IV, pp. 6878-6879.

¹³ *Vid.* RES. 2200 A (XXI) de 16.12.1966, Asamblea General de Naciones Unidas, en vigor desde el 23.3.1976.

¹⁴ Quispe Remón, F. (2010): *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 105.

partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia».

Constatándose que: 1º) está dirigido a todo tribunal *nacional* de los Estados miembros del Consejo de Europa, 2º) es directamente aplicable al TEDH como TI, y 3º) reconoce que las limitaciones al *principio de publicidad o apertura* se abordan como *excepción*, cuestión que aquí acentuamos pues, *el secretismo es nimio ante la fuerza de la transparencia en una comunidad de derecho y democrática actual*.

Como vemos el *principio de publicidad* es un contenido trascendente del *debido proceso*, ergo si la *sentencia* es el principal acto de los jueces *ha de ser público todo su contenido*, incluyendo los *votos particulares*, pues *al menos son una parte de la decisión final del TI*.

Enfrentamos entonces dos nudos: 1º) la *naturaleza jurídica* del voto particular, y 2º) el aplicarles *publicidad*. Así aproximándonos al sustrato podremos advertir si son sólo una formalidad intrascendente, o bien, *un potencial contenido sustantivo de un acto esencial del juicio*, caso en que sería muy tensionante no ampararlos bajo la matriz de transparencia, pues como vimos, ella responde al *debido proceso* y se extrapola a la dimensión transnacional.

Lo primero es aislar la *opinión particular* de instituciones cercanas, puesto no colaciona en las formas de llegar al acuerdo, se diferencia de las deliberaciones, de los esquemas de votación y de las meras construcciones técnicas de las sentencias, perteneciendo a un campo propio. La *deliberación* es una confrontación de las convicciones de los jueces, las que al no lograr *quorum* son encausadas por *los esquemas de votación* diseñados para lograr *acuerdo*, institución diferente –*humo blanco*– reflejo de existir decisión final, la que ingresará al proceso de *redacción*, dinámica *siempre secreta*.

En cambio el *voto particular* es un *acto posterior de la deliberación*, cuya *redacción* es *privativa del disident*, *voto mayoritariamente público*. Ergo el *voto particular no está dirigido ni conversa con los jueces de mayoría* a quienes ya no convenció, sino que está direccionado a otras instituciones de la Organización Internacional, a los Estados, la academia, las partes, *a todos menos a los jueces de mayoría*, como subraya Cassese: *il dissenso viene manifestato non per convincere una maggioranza, ma perché questa non fu convinta. Quindi, il dissenziente non scrive per dialogare con la maggioranza, ma piuttosto per parlare ad altri poteri (ad esempio, al legislatore), o direttamente all'opinione pubblica (o persino al popolo)*¹⁵.

Varias normas van *diferenciando*, v.gr. el art. 54 del Estatuto de la CIJ «[...] 2. La Corte se retirará a deliberar.- 3. Las deliberaciones de la Corte se celebrarán en privado y permanecerán secretas» y en el 57 enfoca las *opiniones disidentes* «[...], cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su *opinión disidente*». El apartado 26.1 del Reglamento del Bundesverfassungsgerichts también distingue «*Die Richterinnen und Richter, die an der Entscheidung mitgewirkt haben, können bis zu deren Verkündung oder bis*

¹⁵ Cassese, S. (2009): “Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente”, *Quaderni di diritto costituzionale*, 4, 15, versión ampliada <<http://www.irpa.eu/area-bibliografica/scritti/lezione-sulla-cosiddetta-opinione-dissenziente/>> (5.4.2018), versión impresa: Cassese, S. (2009): “Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente”, *Quaderni Costituzionali*, 4, 973-983.

zu deren Ausfertigung zum Zwecke der Zustellung die Fortsetzung der Beratung verlangen, wenn sie ihre Stimmabgabe ändern wollen; sie können die Fortsetzung der Beratung beantragen, um bisher nicht erörterte Gesichtspunkte vorzutragen oder wenn ein Sondervotum dazu Anlass gibt»¹⁶. Igual en el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias Mercosur (POSCM), art. 25 «[...] Los árbitros no podrán fundar votos en disidencia y deberán mantener la confidencialidad de la votación. Las deliberaciones también serán confidenciales [...]». Todas normas diferenciadoras, más otras tantas con las que no sobreabundaremos.

Sobre las *meras construcciones técnicas de los fallos* precisemos que la sentencia en sede internacional es *pública* –normativa ya detallada– salvo excepciones para algunos *laudos*¹⁷. Así las cosas y en el despeje de la *naturaleza jurídica*, el binomio antinómico *publicidad/secreto* es abordado desde *tres aristas*:

1º) Algunos adscriben a una validez *técnica* del *secreto* asumiendo que el *sustrato del voto particular* conectaría sólo con la *forma para construir el fallo*, no con la *decisión misma*, posicionándolo como *regla técnica* y no como *principio*, pues no se afectaría la decisión ni la posición de las partes, siendo una mera *regla técnica del sentenciar*¹⁸.

2º) En ángulo opuesto no podría tildarse de tecnicismo por tres razones: *Uno*) porque quienes sostienen el ideario de las *reglas técnicas de la actividad de sentenciar*, no ubican entre éstas al *secreto* para tales votos. *Dos*) porque en lo sustantivo se afectaría el *derecho esencial de libertad de expresión del juez*, a quien se le coartaría la libertad para manifestar su conclusión, allende inocua para la mayoría, Little apuntando al sistema norteamericano destaca aquí el rol de la Primera Enmienda: *The First Amendment can support at most only a right for judges to express and publicly note their dissents, [...] A simple "Judge Little dissents" would seem sufficient to protect the judge's right not to be forced to join (or appear to join) a distasteful majority opinion*; además sostiene que la disidencia puede incluso ir contra un precedente: *The "right to dissent" defended here may yet be exercised in the face of precedent when there is reason to question the continued validity of existing authority [...]*¹⁹.

¹⁶ Reglas de Procedimiento Tribunal Constitucional Federal, 19.11.2014 (Gaceta de Leyes Federales de 2015 - BGBl.2015IS.286): §26(1) «Cualquier juez que haya participado en la decisión podrá, hasta que se pronuncie o redacte por escrito para ser entregada, exigir que las *deliberaciones* continúen si tiene la intención de cambiar *su voto*; cualquier juez puede solicitar que las *deliberaciones* continúen si desea presentar aspectos no discutidos previamente o si una *opinión separada* da motivos para hacerlo».

¹⁷ Ejemplo de normativa restrictiva de publicidad para laudos: artículo 34.5 del Reglamento de Arbitraje CPA: «Podrá hacerse público el laudo con el consentimiento de las partes o cuando una parte tenga la obligación jurídica de darlo a conocer para proteger o ejercer un derecho, [...]».

¹⁸ Las «reglas técnicas» fluyen del reestudio de la teoría de los «principios formativos del procedimiento» rebajándose algún instituto del *status* de *principio* al de *regla técnica* cuando puede substituirse por un *antagónico* inocuo al *debido proceso*, por ser *binarios disponibles* en la construcción del proceso dependiendo del objetivo, v.gr. *oralidad/escrituración*; diferenciándose entre reglas técnicas del debate y las del sentenciar, en estas últimas podría ubicarse: *secretismo versus publicidad para las opiniones particulares* (lo que no compartimos), Alvarado Velloso, A. (2006): *Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa. qué es el debido proceso de la garantía constitucional*, Editorial Juris, Argentina, pp. 241-292.

¹⁹ La afectación de la *libertad de expresión del juez* es un análisis básicamente norteamericano vinculado al carácter político de su sistema, Little, R.K. (1999): «Reading justice Brennan: is there a

Y, Tres) consideramos no ajustarse al derecho procesal actual pretender que deba otorgársele un «derecho o competencia» al juez para manifestar lo que el mérito del proceso le pareció, por ser consustancial a la noción misma de juez, por ello no rueda sin ruido la idea de tal otorgamiento, resultando más próximo a las comprensiones contemporáneas asumir que *un juez siempre tiene la «capacidad» de decir el derecho*, es más, *sin ella no es juez*; tal como *un ave no requiere que le otorguemos el derecho a volar, ella posee la capacidad de volar*. En tal línea Lynch singulariza como «ability» refiriéndose al origen de la institución en el *common law*: *The ability to dissent developed through the English courts' willingness to accept majority judgements from the end of the 16th century*; y en la importancia de su existencia: *The ability of a judge to publish an opinion which rejects the reasoning of his or her colleagues and explains how the majority has fallen into error is surely one of the key indicators of a robust and independent judicial system*²⁰.

No reprochamos que pueda aplicarse el secreto sino que la explicación que contempla asignar un supuesto derecho o competencia mediante el principio de atribución competencial, no se conecta con las matrices procesales modernas, ya que: uno) mediante el principio de atribución competencial se asigna una competencia, no un derecho, y dos) incluso desacoplando esa explicación comprendiendo que sólo fuese una competencia a lo que apuntan, tampoco sintoniza, pues: i) el campo de oro de la competencia atiende al control de admisibilidad de un acto, y ii) su noción conecta con la cantidad de negocios que el legislador ha puesto dentro de la esfera de atribuciones del juez, vía los factores de distribución.

No sólo resulta cacofónico señalar que al juez se le asigne un derecho para decir el derecho, sino impreciso, por ello concluimos que la noción correcta es la de capacidad de todo juez de decir el derecho, la cual precipita al otorgársele jurisdicción a la persona del juez, y no a un tribunal en sentido orgánico; para explicarlo desagreguemos los conceptos de juez y tribunal: el primero es el que recibe el instituto potestativo, el que razona y firma la sentencia, dejándonos ante «un tribunal compuesto de varios jueces y no ante un tribunal/juez ficto compuesto de varios jueces incorpóreos», de ahí la relevancia de un estatuto, prerrogativas, comportamiento, responsabilidad y requisitos para ser juez (no para ser tribunal); si bien el derecho se vale de ficciones aquí la dimensión real delimita toda la cuestión: el instituto potestativo recae sobre los jueces, otro asunto es que ajusten o no su convicción a las otras, pero no por ello podemos acallar tales conclusiones que «serían la sentencia definitiva de haber servido ese juez un tribunal unipersonal».

3º) Luego están los utilitaristas que no les interesa la naturaleza jurídica, ni si por ella se conexiona o no al principio de publicidad o al democrático o a los contenidos del debido proceso, sino solo por motivos prácticos de fachada unitaria optan por el secretismo; que sería la explicación más plausible para la interpretada limitante del mega sistema jurisdiccional de la UE, como veremos.

Otro ángulo muestra de bulto que el voto particular materializa su existencia sobre el campo del principal acto de los jueces: la sentencia definitiva, hecho que imposibilita mermar su peso y divide la intensidad de la unidad de

«right» to dissent?», *Hastings Law Journal*, 50, 683-704 (699) <http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/423> (7.4.2018)

²⁰ Lynch, A., *op. cit.*, nota 3.

análisis, pues: a) por una faz puede comprenderse sólo como una *sección o engranaje de la sentencia*, así algunos razonan que la *opinión particular* es una parte de la motivación de la sentencia que la fortalece o confronta; b) pero por otra, se comporta como una *pseudo sentencia en si misma* con su propio cuerpo, motivaciones y decisiones, de hecho el *voto disidente* es el resultado del convencimiento de un juez que como dijimos, *habría sentenciado de esa forma en un tribunal unipersonal*, por tanto estamos ante una «potencial solución jurídica de fondo» de un magistrado expuesto al *idéntico mérito del proceso que sus pares tasaron de otro modo, de allí lo impactante de ella*.

En cuanto a su *radio de acción* consideremos que un *voto disidente* produce *efectos procesales y materiales*: i) desde la *faz subjetiva* por regla general se libera de costas al vencido, en algunos sistemas jerárquicos genera legitimación casacional y mejora la posición del apelante, y ii) por la *faz objetiva* devienen todos los argumentos de avance socio-jurídicos que vimos.

Finalmente enfocada la publicidad para *los votos particulares en su campo propio: la sentencia motivada*, debemos contextualizar pues es reciente la *noción de fallos razonados*, por siglos fueron *veredictos inmotivados*, Salas destaca: *La obligación de motivar las sentencias judiciales no es una constante histórica axiomática, sino sujeta a las contingencias ideológicas de la época*²¹, y en lo que nos interesa aquí la *motivación* conecta con patrones de transparencia sobre el pensamiento del juez direccionándonos hacia la justicia material, a decir de Bandrés la *motivación* tiene como destino *el acceso a una decisión justa*, contribuye a la equidad y sirve de control por los superiores y por la ciudadanía²². Entonces si las *motivaciones de las sentencias* ya representan un estadio de avance, el *voto particular* y su publicidad *ingresan como máximo añadido al recorrido de progreso*.

Compactando las ideas aplicadas, concluimos:

1°.- No resulta lógico ni conectado a los estándares actuales del *principio democrático* mantener las *opiniones particulares* en una zona gris, menos en sistemas fortalecidos como la UE; razón por la cual *el registro y publicidad de estos votos constituyen actualmente la regla general para el debido proceso, y su ocultamiento debe tratarse como excepción* con normativa expresa y justificada en el tiempo, de lo contrario *la fuerza de atracción de la regla general disolverá el secreto*.

2°.- Sobre la naturaleza jurídica de la *opinión particular*, considerando que: aunque se oculte ella es una realidad, que su autor es un juez que logró *convicción expuesto al idéntico mérito del proceso* que el resto, que emana de la *capacidad consustancial de decir el derecho del juez*, que si dicho magistrado

²¹ Por siglos fue innecesario, contraproducente y de mal gusto que un juez expusiera las razones de sus fallos, de allí el aforismo «*si cautus sit iudex, nullam causam exprimet*» (si el juez es cauto, no expresará la causa de su decisión), Salas, M.E. (2006): “¿Qué significa fundamentar una sentencia? o el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica”, *Cuadernos Electrónicos De Filosofía Del Derecho*, 13, 4. La fundamentación presupone una reflexión sobre el proceso, lo que comenzó en el *renacimiento* teniendo como referente un juicio que, a diferencia de los de la *alta edad media*, concluía con una sentencia; en los ritos judiciales *altomedievales* la fundamentación era inconcebible, Accatino Scagliotti, D. (2003): “La fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?”, *Revista De Derecho*, 15, 9-35, (p. 11).

²² Bandrés Sánchez-Cruzat, J.M. (1992): *El derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional*, Aranzadi, Pamplona, p. 558.

sirviera un tribunal unipersonal tal razonamiento sería la sentencia, que su existencia y publicidad es compatible con el *debido proceso*, contenidos *extrapolables a la dimensión transnacional*, y que ella *produce efectos*, concluimos que su *naturaleza jurídica* es de: «*decisión judicial final imposibilitada de gozar de autoridad de res iudicata por ser minoritaria*».

5. La zona de excepción en el nivel transnacional: el secretismo

El secreto afecta como *excepción* a escasos TI cuyos tratadistas pretendieron exhibir más compacta y contundente la sentencia. Esta reducida *zona de excepción* coincide sólo con *Cortes de Integración o de sesgos integracionistas*: el TJUE, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) y los Tribunales Arbitrales Ad hoc (TAAM) y Permanente de Revisión Mercosur (TPRM), excluyéndose la CCJ.

Si bien el TJCA y el TPRM son construcciones que corren a la estela de la UE, presentan singularidades siendo la más llamativa en lo estudiado aquí, que sus normas *dan un tratamiento propio de excepción* mediante *prohibiciones expresas* a los *votos particulares*, método que en cierta medida sincera que se apartan de la regla general, como lo veremos a continuación:

5.1. La recepción en el modelo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su expansión hacia las Cortes receptoras en América

Las *Organizaciones de Integración* emplean para sus Cortes preferentemente el *secreto* diferenciándose de los TI *típicos*, producto de que el modelo europeo integracionista utilizó la limitación, Isaac destaca: *Al contrario de lo que ocurre en las jurisdicciones internacionales [...], las opiniones disidentes o contrarias de determinados jueces minoritarios no están autorizadas*²³. Tal secretismo para el TJUE influyó los *modelos americanos*, aunque para lograr la misma restricción alteraran el método legislativo.

El secreto fue lógico y coherente en un *contexto de post-guerras* y del naciente Derecho Comunitario europeo más su robustecimiento bajo la noción de Derecho de la Unión o de la Integración, evitándose crear un clima divisorio al interior de un Bloque de Legalidad *en formación*, pero al madurar el proceso debe razonarse sobre la adecuación en esta materia para la Corte de Luxemburgo.

El modelo europeo fue la primera experiencia en enfrentar la disyuntiva sobre aplicar o no *publicidad*, y al parecer el asunto habría sido bastante discutido, Isaac recuerda: *Esta regla que fue adoptada después de grandes discusiones durante la negociación del tratado CEEA, apenas se cuestiona en la actualidad, [...]*²⁴, aunque nosotros no observamos regla alguna, sólo *silencio normativo* conexas hermenéuticamente al *principio de atribución*, pues en la UE se entiende que *a los jueces no se les asignó competencias para registrar sus*

²³ Isaac, G. & Ramos Ruano, G. (1997): *Manual de derecho comunitario general*, 4ª ed., Ariel, Barcelona, p. 274.

²⁴ *Ibidem*.

opiniones particulares, Zapater enfatiza: *No está previsto el mecanismo de los votos disidentes conocidos en otras jurisdicciones [...]»*²⁵.

Pero en realidad no hay en la UE *prohibición directa* como en América donde se introdujeron *prohibiciones expresas*: para el TJCA en su Estatuto, en el inciso final del art. 90, se dispuso «*Las sentencias del Tribunal [...], y en ellas no podrán expresarse votos salvados ni opiniones disidentes*»; en Mercosur, el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias (POSCM) en su art. 25 estatuyó «*[...] Los árbitros no podrán fundar votos en disidencia y deberán mantener la confidencialidad de la votación. Las deliberaciones también serán confidenciales [...]*», sumándose el art. 21 del Reglamento del POSCM «*[...] el Director [...] les presentará una declaración [...] Me comprometo a mantener bajo reserva la información y actuaciones vinculadas a la controversia, así como el contenido de mi voto*», aunque en la *praxis* en los laudos del TPRM se especifica respecto de cada decisión si ella fue *por mayoría* o *por unanimidad*, sin más datos, reflejo de una incipiente transparencia.

Estas normas americanas son muy diferentes a las europeas de las cuales sólo se desprendería la limitación, pues ni el Estatuto del TJUE ni su Reglamento de Procedimiento poseen disposiciones específicas, sólo periféricas: a) El Estatuto contiene tres: el art. 35 «*Las deliberaciones del Tribunal de Justicia serán y permanecerán secretas*», el 36 «*Las sentencias serán motivadas. Mencionarán los nombres de los Jueces que participaron en las deliberaciones*», y el 37 «*Las sentencias serán firmadas por el Presidente y el Secretario. Serán leídas en sesión pública*». b) El Reglamento de Procedimiento apareja los artículos 27 más 63 a 68 ninguno referido a las disidencias, sin embargo se sostiene que habría un *carácter unitario de la decisión* extraíble del número 5 del art. 27 *supra*, pero éste pivota sobre el *quorum* más que en prohibición alguna, con la fórmula «*Las conclusiones adoptadas por la mayoría de los Jueces [...] constituirán la decisión del Tribunal. [...]*».

Tal acentuación hace arribar al criterio de que no cabrían votos disidentes *por ser colectiva la decisión*, pero no es una explicación sólida porque en *todo* colegio se requiere *quorum* de mayoría, es colectiva la decisión y comporta la opinión de *toda* la Corte, sin importar si dictaminó en Pleno, en Gran Sala o en Sala, con o sin opiniones particulares, pues el *órgano es indivisible al sentenciar*; lo curioso es que este puerto teórico procesal no es el que intentan explicar.

c) Este silencio sumado a las disposiciones sobre los *principios de atribución* y de *apertura* en el Tratado de la UE (TUE) y en el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) confluyen en la *exégesis restrictiva europea* decodificándose como una *no atribución del referido derecho* atendiendo al *principio de atribución* consagrado en el art. 5 del TUE «*1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. [...]. 2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados [...]*». En tanto el *principio de publicidad* o de *apertura* es abordado en el art. 11.2 del TUE «*Las instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil*», y en el art. 15 del TFUE «*1. [...], las*

²⁵ Zapater Duque, E. (2005): “El tribunal de justicia de las comunidades europeas”. In V. Abellán Honrubia, B. Vilá Costa, et al., *Lecciones de derecho comunitario europeo*, 4ª ed., 5ª impr. 2008, Ariel, Barcelona, p. 105.

instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura. [...]. 3. (inciso 3º) Cada una de las instituciones, órganos u organismos garantizará la transparencia de sus trabajos [...]. (inciso 4º) El TJUE, [...] sólo estarán sujetos al presente apartado cuando ejerzan funciones administrativas». Última disposición que no favorece la apertura para la función jurisdiccional, en lo estudiado.

Estos son los componentes del corolario hermenéutico europeo que pasa a ser destacado en el documento *Tribunal de Justicia, Composición, competencias y procedimientos*: «Las decisiones del Tribunal de Justicia se adoptan por mayoría, sin que sea posible hacer constar votos particulares»²⁶, instrumento sin rango de norma alguna.

Desde el punto de vista de *texto kelseniano* nos encontramos *sin norma expresa*, circunstancia no menor, recordemos que los tratadistas originarios tampoco le asignaron competencias al TJCE en DDHH, sin embargo las pasó a asumir mediante jurisprudencia expansiva en su dimensión competencial; además los Estados atribuyeron potestades jurisdiccionales a la UE por ello se estructuró su Jurisdicción, ahora bien, lo que *con precisión* ocurre es que en los «tratados» *nada se dijo respecto de «una sección de un acto procesal» (unidad de análisis aquí)* y que en la dimensión internacional se transparente por regla general, mientras su limitación requiere *disposiciones expresas*, normas restrictivas que en la UE no existen.

El punto es establecer al caso de la UE cuál es la mejor solución *hacia el futuro* tras el desarrollo alcanzado y *no petrificados en las razones de su primera etapa*, umbral en que el secreto ya cumplió su objeto. Este tema no ha revestido interés para alterar la interpretación vista, allende algunas pocas solicitudes y opiniones, v.gr. Ibáñez (1996) pidió al Parlamento Europeo que se modificaran los Tratados *incorporándose los votos particulares para los jueces del TJUE*; argumentó doctrinalmente en Tomás y Valiente resaltando que son *una ventana abierta por la que el Tribunal hace públicas sus propias dudas, que esa autocritica es un instrumento de control*, también en Llorente destacando que *sirven para hacer más comprensible el proceso de adopción de soluciones y aumentar la autoridad del Tribunal*, realzó los argumentos de Fuentetaja, y agregó que, *en su opinión existiendo un tribunal inferior [hoy TGUE] se refuerza la necesidad de la publicidad para las disidencias*; pero no tuvo la acogida esperada²⁷, de hecho nada ha cambiado.

El conjunto de *Cortes integracionistas* contrasta con la CCJ para quien se optó por mantener *la transparencia para estos votos* arrastrando su acervo de *primer TI de la historia*; actualmente su Estatuto aborda simultáneamente el *quorum* y las *opiniones particulares* en el art. 36 «*Todas las decisiones de La Corte [...] se tomarán con el voto favorables de al menos la mayoría absoluta [...]. El Magistrado o Magistrados disidentes o concurrentes tendrán derecho a que se consigne su criterio. La resolución será motivada [...]*». Tal continuidad para la *publicidad* la alinean con lo que proponemos ahora:

²⁶ Documento: Tribunal de Justicia, Composición, Competencias y Procedimientos, apartado: *Sentencia*, p. 8, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-05/cjue_es.pdf> (7.4.2018)

²⁷ Ibáñez García, I. (1998): «Los votos particulares en el proceso judicial comunitario; el contenido mínimo del derecho de petición ante el parlamento europeo y la protección de este derecho por el defensor del pueblo», *Noticias De La Unión Europea*, 156, 25-36.

6. El desafío para la Corte de Luxemburgo

Además de la exégesis vista, consideremos el *contexto histórico* de la Corte de Luxemburgo. El *secretismo* en la UE viene congelado desde *la Europa de los seis* con la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA, 1951) su *TJCE del Carbón y el Acero* (1952) que luego sería *institución común* de la CECA, la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (1957) conocidas las tres como *Las Comunidades Europeas* conociéndose como el TJCE²⁸ el cual desde el Tratado de Lisboa (vigor 2009) adopta su estructura y nombre actual, TJUE²⁹. Dicha evolución nos habilita para cuestionar si es lógico mantenerse pétreo en el *secretismo*, además es relevante considerar en la génesis dos ángulos «*opuestos*» de aproximación:

1°. Localmente los *seis* Estados originarios contemplaban el secreto: Francia aún no lo permite³⁰, ni Italia, Países Bajos, Bélgica, ni Luxemburgo, y Alemania incorpora estos votos para el Bundesverfassungsgerichts recién en 1970³¹ en sus Reglas de Procedimiento, Título 1, Parte B, número 26 específicamente en el Título 7 *Procedimiento para presentar una opinión separada* [...] ³².

2°. En sentido contrario, *toda* la justicia supranacional para esa época ya incorporaban *votos particulares*, conjunto conformado por *seis* modelos: la *Corte Permanente de Arbitraje*³³ (CPA, 1899); el *Tribunal de Justicia Centroamericano*

²⁸ Abellán Honrubia, V. (2005): “Origen y proceso de institucionalización: comunidades europeas y unión europea”. In: Abellán Honrubia, Vilá Costa, *et al.*, *op. cit.* nota 25, pp. 22-25.

²⁹ La *gramática* del art. 19.1 del TUE podría inducir a confusión al indicar: «*TJUE comprenderá el Tribunal de Justicia, [...]*» pues la *cultura jurídica europea* usa indistintamente el acrónimo TJUE para referirse al Tribunal de Justicia (TJ) y en ocasiones al Poder Judicial de la UE, pues «*no se utilizó la expresión Poder Judicial de la UE*» sino *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*; nótese que el Portal oficial del TJUE <<http://curia.europa.eu>> se identifica como «*CVRIA europea*». Incluso cuando se habla de Poder Judicial de la UE en ocasiones se *engloba* a los tribunales locales, irrogándole el carácter *Poder Judicial híbrido* (TJ, TGUE, potenciales especiales y tribunales locales).

³⁰ Documento: El papel del tribunal de casación francés, en: *Portal oficial de la Cour De Cassation*, p. 13, <https://www.courdecassation.fr/IMG/File/CC_Espagnol_septembre2010.pdf> (7.4.2018)

³¹ La cuarta Ley de Reforma de 21.12.1970 introdujo el voto particular, Faller, H.J. (1992): “Cuarenta años del tribunal constitucional federal alemán”, *Revista Española De Derecho Constitucional*, 12(34), 127-140 (p. 134); y Günther, R. (1985): “El tribunal constitucional de la república federal de alemania”, *Revista Chilena de Derecho*, 12(1), 75-105 (p. 90).

³² Reglas de Procedimiento del Bundesverfassungsgerichts, §26(1) Cualquier juez que haya participado en la decisión podrá, hasta que se pronuncie o redacte por escrito para ser entregada, exigir que las deliberaciones continúen si tiene la intención de cambiar su voto; cualquier juez puede solicitar que las deliberaciones continúen si desea presentar aspectos no discutidos previamente o si una opinión separada da motivos para hacerlo. [...] y §55 [...] (3) Si la opinión separada se presenta con respecto a una sentencia, el Juez presidente anunciará este hecho durante el pronunciamiento de la decisión. El Juez involucrado puede entonces exponer los puntos principales de la opinión separada. - (4) La decisión y la opinión separada se publicarán juntas. - (5) La opinión separada se adjuntará a la decisión publicada en la colección de decisiones del Bundesverfassungsgerichts y llevará el nombre del Juez correspondiente.

³³ Convención 1899 para la Resolución Pacífica de las Controversias Internacionales de la CPA, art. 51 «*[...] Si un miembro se negare a participar en el voto, se levantará acta del hecho*» y art. 52 «*[...] Los miembros en minoría pueden hacer constar su disenso al firmar*».

o Corte de Cartago (1907) mediante el *voto razonado*³⁴ y su sucesor la CCJ (1992); la CIJ (1945) sucesora de la *Corte Permanente de Justicia Internacional* (1922); además ya habían pasado las experiencias de *Nüremberg* (1945) y *Tokio* (1946) que permitieron votos disidentes; y el TEDH (1950) también los contemplaba.

En dicho entorno dual aflora la comentada *discusión europea*³⁵ sobre las *dissenting opinions*, desde donde inferimos que: habiéndose omitido el acervo internacional a la época y optando por *proyectar la solución interna* de los Estados originarios –sin prohibición expresa– es que *el secretismo pasó a ser una herramienta unitaria en el «despegue» del proyecto de reconstrucción política de post-guerras*, implicando que el *Tribunal de Justicia* ingresara «disruptivo» de la *dinámica de transparencia en el nivel transnacional imperante en aquella época*.

Allende los fundamentos del *secretismo*, es insostenible plantearlo *ad aeternum* pues se aparta del *principio democrático* y del valor central de la *transparencia o apertura* en toda Comunidad de Derecho.

Pues bien, habiendo fijado la *naturaleza jurídica* del *voto particular*, su vinculación con el *principio de publicidad* conexionado al *due process of law*, de visualizar la génesis del *secretismo* europeo y de como fluyó a los modelos americanos, del *tratamiento excepcional que debe aplicarse a la anomalía*, del abandono de la explicación de inclusión de un *derecho* para los jueces y de las versatilidades teóricas entre *publicidad y secreto*; lo pertinente ahora es concluir *¿por qué sería positivo para la Corte de Luxemburgo asumir el desafío de adscribir a la publicidad para los votos particulares?*.

La respuesta la encontramos en *siete razones* dimanadas de lo visto, que suman la fuerza necesaria para el desplazamiento propuesto:

1º.- Siendo el registro de los votos disidentes la *regla general* en los modelos internacionales y el TJUE un clara Corte de *naturaleza internacional* le es propio converger con tal regla.

2º.- Conectaría con la respuesta que en lo estudiado se aplica a los Tribunales Constitucionales, homologación pertinente dado su carácter de *pseudo Tribunal Constitucional*, identidad reconocida por la mayoría de la doctrina³⁶, incorporándose así los argumentos positivos respecto de que a tales órganos constitucionales se les aplique publicidad, Cascajo estima que las *dissenting opinions* en la sede constitucional *atenúan el peligro de cristalización de la jurisprudencia [...]; puede operar como resorte para posibles cambios [...]. En este sentido el dissent favorece la formación de jurisprudencia evolutiva, además de ser instrumento de expresión de valoraciones minoritarias en un órgano*

³⁴ *Votos razonados* registrados en los *Anales de la Corte de Cartago*, Mayo a Diciembre de 1913, Tomo III, pp. 36 y ss. <<http://portal.ccej.org.ni/ccj/wp-content/uploads/009-T-3-N-1-8-1.pdf>> (7.4.2018)

³⁵ *Vid.* notas 23 y 24.

³⁶ El carácter de *pseudo tribunal constitucional* del TJUE *vid. et al.*: Liñán Noguerras, D.J. (2014): “El sistema jurisdiccional de la unión europea”. In: A. Mangas Martín & D.J. Liñán Noguerras, *Instituciones y derecho de la unión europea*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, p. 448; Iglesias Buhigues, J.L. (2013): “El papel del tribunal de justicia de la unión europea en el proceso de integración”. In V. Pardo Iranzo, J.L. Iglesias Buhigues, *et al.*, *El sistema jurisdiccional de la unión europea*, 1ª ed., Aranzadi, Navarra, pp. 24-30; Sáiz Arnáiz, A. (1999): “El tribunal de justicia de las comunidades europeas como tribunal constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 2, 229-231(223-256).

*colegiado y plural*³⁷, Häberle resalta «[...] los votos particulares, en una Constitución del pluralismo, forman parte del élan vital de la Constitución, son expresión de la publicidad [...]. A la par posibilitan alternativas interpretativas en el sentido de ‘pensar posibilidades’ [...]»³⁸. Siendo estas cualidades las que pasarían a enriquecer al TJUE mejorando su posición institucional, *ergo* la de todo el proyecto.

3°.- En lo analizado, aproxima al TJUE al *debido proceso* ya que la *transparencia*, como vimos, ha de recaer sobre la *integridad* de la sentencia respetando los razonamientos de *todos* los jueces.

4°.- Se potenciaría un centro valórico inmanente de la UE: el *principio democrático*, resaltado en el TUE y en la *Carta de los DDFF de la UE*. Presionamos entonces por un avance anclado en la *coherencia* y *madurez* del proyecto, pues las *metodologías de resolución* de conflictos en una *Comunidad de Derecho* son cuestiones prioritarias, que obligan a una nivelación constante y, adscribir a la *transparencia únicamente implica beneficios en todas las aristas del proyecto*.

No señalamos que los modelos adscritos al secreto no sean democráticos, lo que subrayamos es que: *por una parte el secreto ya cumplió su etapa, el proyecto despegó y maduró, y por otra, la transparencia es un contenido que sintoniza mejor con la democracia; v.gr. Saldaña reflexionando sobre el ‘voto singular’ y la democracia deliberativa destaca que estos votos contribuyen a crear un ámbito institucional para el despliegue de la democracia deliberativa: un espacio de “búsqueda de la verdad”, y ante la interrogante sobre cómo contribuye el ‘voto singular’, responde, de dos modos: uno, incorpora al debate más participantes, y dos, defiende con argumentos jurídicos posturas minoritarias en temas de gran controversia política, originando una saludable expectativa de cambio*³⁹.

5°.- El TJUE se acercaría más al *ciudadano* pues éste efectivamente podría analizar el carácter unánime de una sentencia *versus* las que contienen otras propuestas de solución, permitiéndole ser testigo de cómo fluyen los avances comprensivos condensados por el TJUE; política relevante *tendiente a empoderar a las nuevas generaciones con la UE motivando su estudio y valoración*.

6°.- Las nuevas exigencias para las argumentaciones de mayoría y minoría expuestas a la *commonwealth* fortalecerían el sistema completo, pues *cuando todos nos observamos, todos mejoramos*; la minoría deberá justificar rotundamente sus votos para soportar el eclipse de la mayoría y ésta tenderá a alejarse lo más posible de la primera, dinámica que *felizmente* requiere de una mayor reflexión jurídica.

³⁷ Cascajo Castro, J.L. (1986): “La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española”, *Revista Española De Derecho Constitucional*, 6(17), 171-188.

³⁸ Häberle, P. (1999): “Los votos particulares como ‘jurisprudencia alternativa’ (el ejemplo W. Rupp-von Brünneck)”. In: Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Exposición y crítica, *Revista de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, 2, 14-15; «*Élan vital*»: *impulso vital*, concepto filosófico de HENRI BERGSON, en: Bergson, H. (1985): *La evolución creadora*, 1ª ed., Planeta-De Agostini.

³⁹ Saldaña Cuba, J. (2015): “La historia también la escriben los perdedores: el valor del voto singular en el caso «el frontón»”, *Revista foro jurídico*, 15, 55-61 (p. 56), <<http://revistas.pucp.edu.pe/-index.php/forojuridico/article/view/13749>> (10.4.2018)

7°.- Tales razones sintonizan perfecto con el *rumbo de futuro de un proyecto sin data de vencimiento*; precisamente una empresa pionera y multidimensional como la UE supone aceptar una *constante adaptación*, por ello, si bien comprendemos las razones unitarias del secreto en la *génesis* del sistema en un contexto reorganizativo post-guerras donde era propicio evitar toda discrepancia, *no podemos encriptar a las nuevas generaciones en aquella excepción originaria*, nuestra obligación es respetar que las actuales vivan este lúcido progreso como a ellas les compete, en un mundo *globalizado, sofisticado, democrático, transparente y exigente*.

Ahora bien, es factible aplicar criterios de gradualidad mediante una solución ecléctica, la cual podría aplicar *publicidad* a los votos particulares de los jueces del TGUE aprovechando el sistema instancial y casacional imperante entre TJUE y TGUE, y tras su evaluación implementarlo para el TJUE.

Aunque cualquiera de las dos modalidades *—total o gradual—* comportan *sólo beneficios para el futuro del modelo integracionista europeo, el cual por cierto influenciará a los americanos*.

7. Conclusiones

Este estudio pretendió la adecuación normativa sobre la *comunicación* a la *commonwealth* de la participación tributaria de los jueces del TJUE en sus sentencias, incardinándonos hacia la *regla general de registro y publicación* para las *dissenting opinions* en la Jurisdicción Internacional, por ser coherente con los *principios democrático y de publicidad o apertura* inmanentes a la valórica de la UE.

Históricamente el *voto particular* ingresa como anexo de progreso en la lucha por sentencias *razonadas* ante veredictos *inmotivados*; estos votos son empleados desde el primer TI de la historia importando la *regla general* validada al considerarlos como: herramientas de transparencia facilitando controles transversales en la *commonwealth*, impulsa progresos, se alinean con el *accountability*, *«al menos»* son una *sección de la sentencia*, y además si el *principio de publicidad de los actos del juicio* es parte vital del *debido proceso* cuyo potencial es *irradiado* a los TI y si la *sentencia* es el principal acto de los jueces: *ha de ser público todo su contenido*.

Arribamos a que su naturaleza jurídica es de *«decisión judicial final imposibilitada de gozar de autoridad de res iudicata por ser minoritaria»*, siendo incorrecto purgarlos, pues en lo sustantivo se coarta la *libertad de expresión del juez*, allende inocua para la mayoría.

Registramos escasas *excepciones* a la publicidad circunscritas a *Cortes integracionistas*: el TJUE y los receptores TJCA y TPRM quienes logran el mismo efecto restrictivo modificando el método. Consensuamos que toda cortapisa a la *publicidad* debe abordarse como *excepción*, con normas expresas y justificadas *porque el secretismo es nimio ante la fuerza de la transparencia en una Comunidad de Derecho*.

Sin embargo la *«explicación»* del secreto en la UE no conecta con las matrices actuales, pues:

i) Su limitación no se aborda *expresamente*, no existiendo normas restrictivas en la UE, sólo *silencio* interpretado como limitante, contrastando con las *prohibiciones expresas* en América, a excepción de la CCJ.

ii) Dicho silencio vinculado al *principio de atribución* les hace concluir que *a los jueces no se les asignó competencias para registrar estos votos*, lo que entrelazan con la noción de *derecho*, sosteniendo que: *no tendrían el derecho a emitirlos*.

Pero ante ello concluimos: a) El *principio de atribución competencial* asigna una *competencia* no un *derecho*, de allí que no sintonice la explicación, pues: el campo de oro de la competencia atiende al control de *admisibilidad de una actio*, y su noción circula por la cantidad de *negocios* del juez, ósea, *las materias y supuestos en que puede decir el derecho*; y b) No se ajusta a las matrices actuales necesitar otorgarle un *derecho al juez para expresar lo que el mérito del proceso le pareció*, esto es *consustancial a la noción misma de juez* siendo de hierro que *siempre tiene la «capacidad» de decir el derecho*, sin ella no es juez, tal como *un ave no requiere que se le otorgue el derecho a volar*, ella *posee la capacidad de volar*. Dicha *«capacidad»* precipita al otorgársele jurisdicción a la persona del juez y *no a un tribunal en sentido orgánico* pues son los jueces quienes reciben las potestades, piensan y construyen la sentencia, aquí la *dimensión real* delimita toda la cuestión.

iii) En la UE sólo se *interpreta* la limitación pues ni el Estatuto del TJUE ni su Reglamento de Procedimiento poseen disposiciones *expresas*, sólo periféricas y de estas el número 5 del art. 27 del Reglamento *supra* «*Las conclusiones adoptadas por la mayoría de los Jueces tras el debate final constituirán la decisión del Tribunal. [...]»* les hace concluir que no cabrían disidencias dado el *carácter unitario de la decisión*, tildándose de *colectiva la sentencia*. Pero la norma sólo pivota en el *quorum* no en prohibición alguna, no siendo una buena explicación, pues en *todo* colegio la sentencia exige *quorum* y es *colectiva*, comportando la opinión de toda la Corte *indivisible al sentenciar*, ella es *siempre*, con o sin votos especiales, *unitaria per se*, pero este puerto teórico procesal no es el que intentan explicar.

En síntesis, la realidad de *lex mutis* más las normas sobre los *principios de atribución* y *apertura* confluyen en la *exégesis restrictiva europea* decodificándose como una *no atribución del mentado derecho*, todo lo cual distancia a la UE de las matrices actuales.

Este *secretismo* viene congelado desde *la Europa de los seis*, cuajando en el *contexto histórico* de la Corte de Luxemburgo que vimos; así omitiéndose el acervo internacional a la época, optando por *proyectar la solución interna*, inferimos que *el secretismo fue una herramienta unitaria en el «despegue» del proyecto de reconstrucción política de post guerras*, ocasionando que *la Corte ingresara «disruptiva» de la dinámica de transparencia en el nivel transnacional imperante a la época*. Pero comprendiendo la génesis, es insostenible plantearla *ad aeternum* pues se aparta del *principio democrático* y del valor que juega la *transparencia* en todo sistema moderno.

Así respondimos ¿*por qué sería positivo para la Corte de Luxemburgo no limitar los votos particulares?*, anclando siete razones copulativas dimanadas de la investigación: 1°. Porque el modelo de justicia de la UE convergería coherente con la *regla general* de la Jurisdicción Internacional; 2°. El TJUE homologaría con la respuesta aplicada a los Tribunales Constitucionales dado su impronta de

pseudo Tribunal Constitucional; 3°. Al respetar el *principio de publicidad* se aproximaría al *debido proceso* nivelándose con los umbrales actuales de transparencia; 4°. Potenciaría una matriz valórica de la UE: el *principio democrático*; 5°. La Corte se tornaría más cercana al ciudadano; 6°. Tras las exigencias teóricas en las calidades argumentativas de mayoría y minoría expuestas a la *commonwealth* se fortalece el sistema completo; y 7°. Todo aquello sintoniza perfecto con el *rumbo de futuro* de un proyecto que no fija fecha de caducidad.

Entonces la hipótesis es correcta, comprobándose que *para el actual TJUE es positivo adscribir a la regla general aplicada a los TI, toda vez que al incorporar la transparencia para los votos particulares, potencia el principio de publicidad o de apertura aplicable como matriz del debido proceso y en coherente conexión con el principio democrático inmanentes a la UE, tornando a la Corte más próxima al ciudadano europeo en el marco de una empresa que no posee data de vencimiento.*

8. Referencias bibliográficas

- Abellán Honrubia, V., Vilá Costa, B., et al. (2005). *Lecciones de derecho comunitario europeo*, 4ª ed., 5ª impr. 2008, Barcelona: Ariel.
- Accatino Scagliotti, D. (2003). La fundamentación de las sentencias: ¿Un rasgo distintivo de la judicatura moderna? *Revista De Derecho*, 15, 9-35.
- Aguiar De Luque, L. "Voto particular en las sentencias del tribunal constitucional". In: A. Montoya Melgar. (1994). *Enciclopedia jurídica básica*. Tomo IV. Madrid: Civitas.
- Alvarado Velloso, A. (2006). *Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa : Qué es el debido proceso de la garantía constitucional*. Rosario, Argentina: Editorial Juris.
- Bandrés Sánchez-Cruzat, J.M. (1992). *El derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional*. Pamplona: Aranzadi Editorial.
- Bercholle J.O. (2015). Unanidades y disidencias. Su importancia en las sentencias de Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas. *Revista Digital Pensamiento Civil - Revista De Derecho Constitucional*, (14-5-2015).
- Bergson, H. (1985). *La evolución creadora*, 1ª ed., Planeta-De Agostini.
- Cañamares Arribas, S. (2016). La reciente jurisprudencia del tribunal de estrasburgo y del tribunal supremo en Canadá en relación con el derecho a la muerte digna. *Revista Española De Derecho Constitucional*, 36(108), 337-356.
- Cascajo Castro, J.L. (1986). La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española. *Revista Española De Derecho Constitucional*, 6(17), 171-188.
- Cassese, S. (2009). Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente. *Quaderni di diritto costituzionale*, 4.
- Esparza Leibar, I. (1995). *El principio del proceso debido*, 1ª ed., Barcelona: José María Bosch Editor S.A.
- Faller, H.J. (1992). Cuarenta años del tribunal constitucional federal alemán. *Revista Española De Derecho Constitucional*, 12(34), 127-140.
- Günther, R. (1985). El tribunal constitucional de la república federal de alemania. *Revista Chilena De Derecho*, 12(1), 75-105.
- Häberle, P. (1999) Los votos particulares como «jurisprudencia alternativa» (el ejemplo W. Rupp-von Brünneck). In: Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Exposición y crítica. *Revista de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, (2).
- Ibáñez García, I. (1998). Los votos particulares en el proceso judicial comunitario; el contenido mínimo del derecho de petición ante el parlamento europeo y la protección de este derecho por el defensor del pueblo. *Noticias De La Unión Europea*, (156).



- Iglesias Buhigues, J.L. "El papel del tribunal de justicia de la unión europea en el proceso de integración". In: V. Pardo Iranzo, J.L. Iglesias Buhigues, *et al.* (2013). *El sistema jurisdiccional de la unión europea*, 1ª ed., Navarra: Aranzadi.
- Isaac, G. & Ramos Ruano, G. (1997). *Manual de derecho comunitario general*, 4ª ed., Barcelona: Ariel.
- Liñán Noguerras, D.J. "El sistema jurisdiccional de la unión europea". In: A. Mangas Martín & D.J. Liñán Noguerras (2014). *Instituciones y derecho de la unión europea*, 8ª ed., Madrid: Tecnos.
- Little, R.K. (1999). Reading Justice Brennan: Is There a "Right" to Dissent?. *Hastings Law Journal*, 50, 683-704.
- Lynch, A. (2004). Is judicial dissent constitutionally protected?. *Macquarie Law Journal*, 5.
- Ollé Sesé, M. (2008). *Justicia universal para crímenes internacionales*, 1ª ed., Las Rozas: La Ley.
- Quispe Remón, F. (2010). *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sáiz Arnáiz, A. (1999). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional, *Revista Vasca de Administración Pública*, 2, 223-256.
- Salas, M.E. (2006). ¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica. *Cuadernos Electrónicos De Filosofía Del Derecho*, 13.
- Saldaña Cuba, J. (2015) La historia también la escriben los perdedores: el valor del voto singular en el caso "El Frontón". *Revista foro jurídico*, 15, 55-61.
- Verdugo, R.S. (2011). Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político: Pluralismo judicial y debate democrático. *Revista De Derecho (Coquimbo)*, 18(2), 217-272.